Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

eindringen konnte [71]). Eine Reviſion dieſer Geſetze wäre daher ſehr erſprießlich, und eine Nachahmung der desfallſigen franzöſiſchen Geſetze ſcheint mir, aus den angeführten Gründen, dem Gemeinwohl ſehr zuträglich zu ſeyn.

XII.

Einiges*) über die Reſtitutionen in dem Gange des Civilproceſſes, inſonderheit gegen eröffnete, dem Ablauf der Zeit nach rechtskräftige, richterliche Entſcheidungen.

Von Genſler.

§. 1.

Will man ſich in dem Gebiete derjenigen Arten der Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand — restitutio in integrum — welche als der Anfang des Proceſſes, in deſſen Lauf, und nach ſeiner regelmäßigen Beendigung,

71) Diese Meinung, nach welcher man zwischen continuis und discontinuis servit. unterscheiden sollte, ist sehr alt, aber nachher leider wieder fast untergegangen. S. *Donellus* in Comment. Lib. XI. cap. 11.

*) Eine erſchöpfende Darſtellung, als reine Geburt meines eigenen Ideengangs, möchte ich nicht wagen, wäre mir auch Zeitmangel kein unüberſteigliches Hinderniß. Meine Bemerkungen ſind daher mehr Bruchſtücke, auch großen Theils Hindeutungen auf meiner Anſicht bereits vorausgegangene Beleuchtungen. Aufrichtig geſtehe ich, daß die unſelige Miſchung des römiſchen, päbſtlichen, und teutſchen Rechts hierunter oft einen Schleier vor meinen Blick ziehet, durch welchen ich noch zur Zeit weniger klar ſehe, als Andere ihrem Geiſtesauge wohl zutrauen. Soll ein aus dreierlei, ſo ziemlich heterogenen, Geſetzgebungen zu-

unter dem Namen eines außerordentlichen Rechtsmittels erſcheinen kann, nicht ganz verirren und verwirren, ſo muß man voran unterſcheiden [1]:

1) das reſciſſoriſche, oder die Reſciſſion vorbereitende, als Klage, Einrede, Replik und Duplik, ſich darſtellende, Rechtsmittel gegen außergerichtliche [2] verletzende Rechtsgeſchäfte [3], und gegen den Ablauf der Verjährung. Die Theorie dieſer Reſtitutionen, welche das römiſche Recht zur beinahe ausſchließlichen Quelle hat [4], und ohne geſchichtliche Entwickelung ein todtes Chaos bleibt, iſt nicht Gegenſtand der Theorie des gerichtlichen Verfahrens [5], ſondern Sache der Romaniſten [6]. —

---

zu beurtheilendes, mit deren noch mehr verſchiedenen Proceßformen zuſammenhängendes, Rechtsmittel in einer für die practiſche Anwendung in den teutſchen Gerichten erforderlichen Reinheit und Conſequenz dargeſtellt werden, ſo bedarf es voran ein tiefes Studium jener Geſetzgebungen in Rückſicht auf die proceſſualiſchen Reſtitutionen, vorzüglich aber einer geſchichtlichen Entwickelung der römiſchen Reſtitutionen überhaupt. Mir ſcheint es, in dieſem Punkt habe auch die römiſch-geſchichtliche Rechtsſchule noch manchen Schutt hinwegzuräumen.

1) In den oberſten Principien fließen alle Reſtitutions-Arten zuſammen; daher findet man in der Doctrin häufig auch alle verſchmolzen und durcheinander. Vergl. z. B. Glück in der Erläut. der Pand. §. 431 ff.

2) In dem Gegenſatz, welcher alles außergerichtlich nennt, was ſeinem Urſprung nach vor Gericht nicht ſtreitig war, mit Inbegriff der actus voluntariae jurisdictionis. Meine Anleitung zur gerichtl. Praxis. Heidelb., 1820. §. 3. nr. 2. p. 4. f.

3) Nicht aber *contra sententiam* judicis. Vergl. Cod. Just. L. 2. Tit. 18. sqq.

4) Die deshalbigen Verordnungen des päbſtlichen Rechts ſind nur Beſtätigungen und Ausdehnungen.

5) Die Kenntniß der einzelnen Klagen u. ſ. w., als Rechtsverfolgungs-Mittel, iſt in der Proceßtheorie vorauszuſetzen. Martin, in dem Lehrb. des teutſchen gem. Proc. §. 84.

6) S. Thibaut, in dem Syſtem des Pandecten-Rechts.

2) die Reſtitution gegen Verſäumniſſe und Verſehen in den Verhandlungen eines gerichtlichen Rechtsſtreites — gegen Verabſäumung der Friſten und Tagfahrten u. dgl — m. a. W., gegen Nichtbeobachtung der poſitiven Formeſſentialien des bürgerlichen Proceſſes. Dieſe Reſtitution iſt zu den remediis *contra sententias* eben ſo wenig zu zählen, als die unter Nro. 3. S. 118. erwähnte Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand, indem ſie der Regel nach vor ertheilter Sentenz gebeten wird, und ſelbſt dann, wann ein richterliches Decret das Daſeyn eines Verſäumniſſes und den Eintritt deſſen Rechtsnachtheils bereits ausgeſprochen hätte, nun aber erſt, vor oder nach abgelaufener zehntägiger Nothfriſt, um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand implorirt würde, dieſes Geſuch dennoch nicht ſowohl auf jenes Decret ſich beziehet, und dieſes als materiell oder formell ungerecht anſpricht, als vielmehr das anerkannte, jedoch geſetzlich verzeihliche, Verſäumniß und deſſen Beſeitigung zum Gegenſtand hat, ſo daß jenes Decret nur folgeweiſe außer Wirkung treten ſoll. Es iſt dieſe Reſtitution wohl lediglich nach der prätoriſchen des römiſchen Rechts zu beurtheilen. Sie ſetzt, wie die unter 1), außer der *causa* restituendi, z. B. Minderjährigkeit, Abweſenheit u. ſ. w., eine nicht ſelbſt verſchuldete, auch nicht unbedeutende, laesio des Imploranten voraus [7]), und wird daher, obgleich ſchon das Verſäumniß an ſich die Natur einer Rechtsverletzung hat [8]), doch dann nicht ertheilt, wann es bereits als rechtsgewiß [9]) vorliegt, daß auch die ertheilte Reſtitution die Sache des Im-

---

§. 1001. ff. und §. 1046 ff., nebſt den dort angezeigten Geſetzen und Schriften.

7) Thibaut, a. a. O. §. 1002.

8) *Wernher*, in sel. obs. for. P. 5. obs. 82.

9) Iſt es zweifelhaft, ſo wird das Daſeyn der laesio voran geprüft. Martin, a. a. O. §. 268.

ploraten nicht verbeſſern, ſie alſo eine fruchtloſe Verfügung des Gerichts ſeyn würde [10]).

Inſonderheit greift hier die Frage ein: ob der pars litigans gegen das Verſehen ſeines Beiſtandes in den vorigen Rechtsſtand wieder einzuſetzen ſey? Nach R. R. war die Nachläßigkeit eines Procurators, Vormundes u. dgl., kein Grund, wider den Gegner Reſtitution zu verlangen, ſondern ſelbſt der Pflegbefohlne mußte zunächſt Entſchädigung von ſeinem Vormund ſuchen, und erſt wenn dieſer das Intereſſe zu leiſten nicht vermochte, konnte jener zur Reſtitution wider den Gegner Zuflucht nehmen [11]). Die L. 1. §. 2. Dig. 2. 3. verordnet nur ſoviel: „im Fall der Procurator, Tutor oder Curator, zur Verhinderung der Juſtizpflege eine ſolche Handlung bösabſichtlich unternimmt, welche die Geſetze mit einer Strafe bedrohen (poenali judicio), ſo ſoll die Strafe nicht den Principal treffen, ſondern nur den Procurator, Curator oder Tutor.“ Von Verſäumniſſen im Vortrag der Rechtsnothdurft iſt alſo in jenem Geſetz gar nicht die Rede [12]). Der Volljährige hatte nicht einmal jenes ſubſidiariſche Recht, wenn nicht ein anderer Reſtitutionsgrund, z. B. eigene Absentia, oder ein dolus *adversarii*, hinzutrat [13]). In Rückſicht auf die ſäumigen Vormünder ſchrieben die teutſchen Geſetze vor: ſelbige ſollten ihrer Verſäumniſſe wegen beſtraft, den Pflegbefohlenen hingegen ihre Unthätigkeit nicht zum Nachtheil

---

10) *Leyser*, in medit. ad Pand. spec. 64. medit. 9. Meine Anleitung zur ger. Praxis. §. 19. Note 48. Laeſion allein reicht nicht aus, ſondern beides, laesio *et* causa specialis restitutionis, muß cumulativ vorhanden ſeyn. *Wernher*, in sel. obs. for. P. 3. obs. 112.

11) L. 5. Dig. 42. 5.

12) Vergl. o. L. 1. §. 1. Dig. 2. 3.

13) L. 13. §. 11. Cod. 3. 1. L. 16. §. 1. et 2. Cod. 4. 21. L. 5. Dig. 42. 5. L. 26. §. 9. Dig. 4. 6. L. 7. §. 9. Dig. 4. 3. L. 8. §. 1. Dig. 17. 1.

angerechnet werden [14]). Dieſes analog auf die Procuratoren anzuwenden, läßt ſich an ſich nicht rechtfertigen. Weil jedoch nach unſerer Gerichtsverfaſſung a) die Parteien der Regel nach genöthiget ſind, einen derjenigen Procuratoren zu wählen, welche der Staat ſelbſt aufgeſtellt hat, folglich die römiſchrechtliche Wahl eines beliebigen Procurators hinwegfällt, und da b) dieſe öffentlichen Procuratoren keine Caution beſtellen, mithin die Partei in Anſehung einer Klage wider den Procurator immer gefährdet iſt; ſo nahmen nicht wenige Spruchcollegien und Gerichtshöfe die Meinung an: „auch ob negligentiam procuratoris publici könne die Partei restitut. in integrum verlangen, wenn ſie nur nicht ſelbſt *in culpa* ſey, und die ihrer Seits nöthig geweſene Thätigkeit, z. B. die Vollmachtsertheilung, Inſtruction u. dgl., entweder beſcheinige, oder eidlich erhärte [15]). Zu dieſer Meinung bekannte ſich auch das Reichskammergericht im Jahre 1786. durch ein dubium camerale [16]), berichtete auch deshalb an die Reichsverſammlung zur Beſtätigung, allein es blieb der Bericht ohne Reſolution, obgleich auch der Reichshofrath der nämlichen Meinung beitrat. Da jedoch jene Anſicht des Kammergerichts, dieſe ſelbſt als gemeinen Beſcheid betrachtet, geſetzliche Kraft nicht haben kann, indem ein materielles Rechtsprincip dabei zum Grunde liegt, ſo blieben die Meinungen der Rechtsgelehrten noch immer getheilt, und ſind es bis jetzt [17]). Aus den Gründen jener kammergerichtlichen Meinung folgt aber von ſelbſt, daß wenn eine Partei einen nicht öffentlich angeſtellten Beiſtand

14) R. Deput. Abſch. v. J. 1600. §. 95.

15) S. Gönner, in dem Handb. Thl. 1. Abh. 22.

16) S. den Abdruck in Bergmanns Corp. jur. judic. germ. S. 484. f.

17) Vergl. Danz, in den Grundſ. des ord. Proc. §. 43. Glück, a. a. O. §. 472. ibi all. Martin, a. a. O. §. 80.

wählt, oder einen auswärtigen, alsdann auch das R. R. zweifellos anwendbar bleiben muß.

Von dem Advocaten als solchem sprechen aber weder die römischen noch die teutschen Gesetze, und es ist offenbar ein Mißgriff, wenn man in dieser Streitfrage den Procurator und den Advocaten verwechselt, und dabei auf letzten dasjenige anwenden will, was die römischen Gesetze lediglich in Rücksicht auf den Fehler des Procurators als solchen verordnen, ja wenn man auf diesem Irrweg sogar von einer restitutio ob factum *advocati* spricht, statt von einer rest. ob factum *procuratoris*. Sind auch diese zwei Nebenpersonen in einem Subject vereiniget, so bleiben doch die Begriffe, die Qualitäten, und der Geschäftskreis, beider Subjecte in einer physischen Person immer getrennt, und dürfen von der Doctrin nicht verschmolzen werden [18]). Wenn daher die versäumte Handlung von dem Advocaten als solchem zu vollziehen war, wenn dieselbe zur Herstellung die Qualität eines Advocaten, d. h. doctrinelle Rechtskenntniß, erforderte, so gebürt dem Clienten zum wenigsten direct die Restitution, wäre auch jener säumige Advocat zugleich Procurator. Was der Advocat nicht fertigte, z. B. die Beweisantretungs-Schrift, das kann der Procurator nicht überreichen [19]).

Eben weil die unter nr. 2. bezeichnete Restitution zu den remediis contra sententias nicht gehört, veranlaßt ihre Imploration nur eine cognitionem judicis, wobei die Wahrheit der causa restitutionis, ist diese causa an sich legalis, nur einer Bescheinigung bedarf, und wohl durch eine eidliche Erhärtung des Imploraten hergestellt wird. Ja

---

18) arg. §. 4. Inst. 2. 18. L. 30. §. 1. Dig. 5. 2. L. 22. Dig. 24. 9.

19) Vergl. m. Anleitung zur juristischen Praxis. §. 4. Note 23. S. 12.

das Gericht ertheilt ſie wohl *ex officio*, ſiehet es voraus, causa et laesio liegt liquid vor, und die Imploration um derſelben Ertheilung würde ſobald erfolgen, als das Gericht, ohne Rückſicht auf ihre actenmäßigen Bedingungen, das ſtrenge Recht auf den entſchuldbar Verletzten anwenden wollte [20]). Das canoniſche Recht [21]), ſo wie die teutſchen Prozeßgeſetze [22]), kennen ſie, ohne eine Abänderung der deshalbigen römiſchen Rechtsprincipien zu verordnen [23]). Auf jene ſummariſche Beleuchtung des Grundes und der Verletzung, und auf jene ohne Umſchweife erfolgende Ertheilung der Reſtitution, beziehet ſich auch die Benennung: restitutio *brevi manu* —

3) die Reſtitution contra *rem judicatam* — bezweckend die Reſciſſion eines richterlichen Deciſiv-Erkenntniſſes [24]), welches nicht nur der Zeit nach rechtskräftig, ſondern auch den Acten und Rechten inſoweit angemeſſen iſt, daß jenes weder als unheilbar nichtig, noch als poſitiv nichtig, angeſehen werden kann [25]). Von dieſer Reſtitution ſoll hier vorzüglich die Rede ſeyn, wiewohl ich weder ſtrebe, noch mir anmaße, alle ihre Falten zu entwickeln.

---

20) Thibaut, a. a. O. §. 1004. Glück, Erläuter. der Pand. §. 433.

21) Cap. 2. 3. 4. 7. X. 1. 41.

22) Z. B. Reichsdep. Abſch. v. J. 1600. §. 86.

23) Abgeſehen von dem, was oben wegen der Verſäumniſſe der Nebenperſonen geſagt wurde, jedoch zur Reife nicht gediehe. Manche Landesgeſetze beſtätigen ſogar auch deshalb das römiſche Recht, wenigſtens zum Theil, z. B. die Schwarzb. Rudolſt. Proceßord. v. J. 1704. P. 1. Tit. 3. §. 13.

24) Die Interlocutiones *mixtas* nach can. und teutſchen mit inbegriffen. R. D. A. v. J. 1600. §. 138. Riedeſel, Frhr. zu Eiſenbach, Vertr. an den vollen Rath des K. Kammerger. Jena 1791. Nro. II. §. 2.

25) Nach den Begriffen der Nichtigkeit, welche ich in meinem Handbuch zu Martins Lehrb. des h. Pr. Abh. 3. S. 47. ff. aufgeſtellt habe.

Nur denen suche ich dadurch zu nützen, deren Lage es nicht erlaubt, selbst in das Innere einzudringen.

§. 2.

Siehet man — den Blick auf die rest. *contra rem judicatam* beschränkt — zunächst hin

1) auf das römische Recht, so verordnet dieses folgendes:

1) Wenn das Erkenntniß auf die Aussagen bestochener Zeugen gegründet sey, so werde Restitution ertheilt [26]), und sey der Beweis mit fälschlichen Urkunden — falsis instrumentis — geführt, so sey der Verurtheilte ex integro zu hören [27]). Da nun diese Gesetze nicht zu dem jus honorarium gehören, so sind dreißig Jahre als die Verjährungszeit anzunehmen [28]). Ob nicht die Gesetze des *Codex* mehr eine Nullität des Erkenntnisses im Auge haben, als dessen Rescission durch Restitution [29]), mag dahin gestellt bleiben.

2) Wäre eine Rechtssache durch einen richterlichen Eid entschieden, und der Besiegte finde nachher *nova instrumenta* [30]), d. h. die, als tempore litis pendentis et probationis producirt, den gesetzlichen Eid entbehrlich und unzulässig gemacht haben würden, so sey derselbe ex integro zu hören [31]). Von der Entscheidung durch

---

26) L. 33. Dig. 42. 1.

27) L. 1. sqq. Cod. 7. 58. Hierzu ist aber auch zu rechnen, wann bestochene Sachverständige ein falsches Gutachten ertheilt haben, arg. L. 1. Dig. 22. 4.; ohnehin falsche Protocolle; desgleichen ein wirklicher Meineid, L. 13. Cod. 4. 1., nicht aber die Entdeckung, daß ein juramentum delatum aus Irrthum, bona fide, gegen die Wahrheit abgeschworen wurde. L. 1. Cod. 4. 1. L. 31. Dig. 12. 2. L. 21. 22. Dig. 4. 3.

28) Thibaut, v. Bes. u. Verj. Thl. 2. §. 49.

29) Handb. zu Martin B. 1. S. 403. Note 378. mit S. 49. Nach teutschem Proceß wird man die querela nullit. insanab. in obigen Fällen für vollbegründet achten. Vergl. auch Nro. 3.

30) Vergl. L. 1. D. cit. 22. 4.

31) L. 31. Dig. 12. 2.

einen Notheid [32]) abgesehen, sollte durch instrumenta noviter reperta die Rechtskraft nicht angefochten werden können [33]), wenn nicht ein negotium publicum, i. e. causa publica, der Gegenstand des Rechtsstreits wäre [34]). Nimmt man das negotium publicum nur als Beispiel einer causa restitututionis, so folgt, daß, wenn irgend eine andere causa restituendi [35]) mit dem Auffinden neuer Beweismittel sich vereiniget, alsdann Restitution ertheilt werden soll [36]); und es würde sich dann nur fragen: „ob dieser unterstützende, wohl auch für sich allein ausreichende, Restitutionsgrund (nr. 3.) in Verbindung mit jenem Auffinden auch nach dem Abfluß von vier Jahren noch geltend gemacht werden könne, wenn er, für sich allein betrachtet, als prätorisch, in das Quadriennium gebannt war.“ Denn die L. 31. Dig. 12. 2. ist ein Civilgesetz, und die in solcher nachgelassene restitutio contra rem judicatam konnte also binnen dreißig Jahren gesucht werden [37]). —

3) Der tempore rei judicatae Minderjährige [38]) soll, vermöge dieses Zustandes, berechtiget seyn, Restitution contra rem judicatam zu suchen [39]). Daher ziehet man aus

---

32) Archiv für die civil. Praxis. B. 1. S. 51.

33) L. 35. Dig. 42. 1. v. *quanquam* rel. *oporteat.* mit L. 4. Cod. 7. 52.

34) L. 35. cit. v. *tamen in negotio publico.*

35) Ob auch laesio enormis dahin zu zählen sey? s. Thibaut, §. 1254. ibi all. Cocceji und Hofacker.

36) Auch hierauf kann sich das *exemplo grave est* in der L. 4. cit. Cod. 7. 52. beziehen. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. B. 5. §. 432. S. 398. Vergl. a. L. 2. Cod. 2. 44.

37) Thibaut, a. a. O. v. B. und V. S. 134.

38) Folglich alle, welchen man die Rechte der Minderjährigen zutheilt, z. B. die Kirche und andere moralische Personen. Thibaut, a. a. O. §. 1009.

39) L. 1. 2. 4. et 5. Cod. 2. 27. L. 16. §. 5. Dig. 4. 4.

dehnend das Princip: alle prätoriſche Reſtitutionsgründe ſeyen zur Anfechtung der res judicata anwendbar [40]). Nimmt man hierbei an, eine Partei ſey in dem Proceßgange aus gerechter Furcht oder durch Zwang, oder Betrug, bewogen worden, eine Handlung zu vollziehen, oder zu unterlaſſen, in deren Gefolge ihr Etwas nicht zuerkannt, oder ſie verurtheilt wurde, ſo iſt um ſo weniger zu bezweifeln, daß ſie aus jenem Grund nachher Reſtitution gegen jenen Rechtsſpruch verlangen könne, da, nach erloſchenem Unterſchied zwiſchen negotiis stricti juris et bonae fidei, jene *vitia* des freien Willens eine Nullität produciren, und es keinen gegründeten Zweifel leidet, daß die teutſch rechtliche *querela nullitatis* in jenen Fällen ſtatt finde [41]). Die Verurtheilung einer abweſenden, nicht ungehorſamen, Partei iſt offenbar nichtig [42]); und auch vorausgeſetzt, die Publication des Urtheils erfolge zwar auf rechtsgültige Verhandlungen, jedoch ohne vorgängige Ladung an ſie, und alſo inſoferne in ihrer Abweſenheit, ſo iſt es doch für die ad audiendam sententiam nicht geladene Partei ſo lange nicht vorhanden, als es ſolcher nicht auch legal eröffnet wird [43]). Es bedarf alſo auch in dieſem Fall keines Reſtitutionsgeſuchs. Iſt aber die Unthätigkeit, das Nichterſcheinen, einer Partei mit den äußern Bedingungen des Ungehorſams umgeben, ſo führt die entſchuldbare Abweſenheit [44]), und was dieſer gleich ſtehet, z. B. Krankheit

40) Thibaut, a. a. O. §. 1254.

41) Und zwar wegen einer unheilbaren Nichtigkeit. Denn metus justa, vis und dolus, werden immer einen abſolut-weſentlichen Beſtandtheil des Proceſſes, beſonders das Gehör, verletzen.

42) Weil ſie nicht gehört wurde.

43) Die Inſinuation in vim publicati würde nur als poſitive Nichtigkeit ſich anſehen laſſen, und blos die querela nullitatis wegen heilbarer Fehler begründen.

44) L. 2. Cod. 2. 54.

u. dgl. [45]), allerdings zur Befugniß, auf Reſtitution anzutragen, resp. a) gegen das Urtheil ſelbſt, damit das in der Abweſenheit Verſäumte erſt nachgeholt [46]), und dann auf das vollſtändige Gehör anderweit erkannt werde, resp. aber b) gegen Ablauf der zehntägigen Friſt zur Einwendung des verſäumten Rechtsmittels [47]); und eben ſo, wenn auch c) die Publication des Erkenntniſſes, nach vorausgegangenen legalen Verhandlungen, in praesentia der Parteien geſetzlich geſchahe, hierauf aber entſchuldbare Abweſenheit eintritt, und dieſe die Verabſäumung eines Fatals zur Folge hat. Allein in den beiden letzten Fällen iſt das durch absentia begründete Reſtitutionsgeſuch offenbar nicht direct *contra rem judicatam*, ſondern nur contra lapsum fatalis gerichtet, indem das publicirte Erkenntniß vor der Hand an ſich beſtehen, durch die Reſtitution aber nur das Recht zum Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels wieder erworben werden ſoll, damit dann durch dieſes ordentliche Rechtsmittel die Incidentfrage verhandelt werden dürfe: ob nicht jenes Erkenntniß als sententia iniqua, oder auch nulla [48]), zum Vortheil des gegen das ſtrenge Recht noch zu einem verſäumten Gehör zugelaſſenen Appellanten, Revidenten, Leuteranten u. dgl. abzuändern ſey. Und auch die restitutio im Falle a. iſt

---

45) Thibaut, a. a. O. §. 1013. f. ibi all.

46) Z. B. der Kläger verſäumt ſich abweſend an dem Beweis, und ein richterliches Decret entbindet den Beklagten.

47) Z. B. nach vollſtändigen Verhandlungen werden beide Theile ad audiendum sententiam geladen, der Beklagte aber wird, während ſeiner unterdeſſen eingetretenen Abweſenheit, verurtheilt, und nach ſeiner Rückkunft ſind mehr als zehn Tage ſeit der Publication jenes, wie er glaubt ihn beſchwerenden, Erkenntniſſes verſtrichen.

48) Inſofern nämlich der Implorant an der Einwendungsnothfriſt der quer. nullitatis wegen heilbarer Nichtigkeit ſich verſäumte.

eine restutio *contra rem judicatam* im ſtrengen Sinne keineswegs zu nennen, da ſie zunächſt auch nur die Reſciſſion eines durch des Imploranten Nichtbeobachtung der Formgeſetze vom Gegner erworbenen Rechtes bezweckt — rest. contra lapsum fatalis — damit dann, im Gefolge dieſer letzten Reſtitution, der äußerlich ungehorſame Impetrant mit der verabſäumten materiellen Verhandlung annoch gehört, und dann ein anderweites, dem Inhalt dieſes Gehörs entſprechendes, Erkenntniß ertheilt werde. Von novis iſt hier gar die Rede nicht, ſondern von der Erlaubniß zum Vollzug eines Vortrags und einer Verhandlung, welche ganz unterbliebe, und jetzt zum erſten Mal unternommen werden ſoll. Die restitutio contra rem judicatam hingegen iſt ſogleich das Rechtsmittel ſelbſt, welches eine Reſciſſion des äußerlich rechtskräftigen richterlichen Urtheils bewirken ſoll, und zwar entweder α) ohne daß der Implorant, abgeſehen von der Beſcheinigung einer (nicht in novis beſtehenden) causa restituendi, etwas anders vollziehen will [49]), als die juriſtiſche Deduction, „jenes Erkenntniß verletze ihn," d. h. „es ſey in Bezug auf die vorausgegangenen Verhandlungen *materialiter iniqua*," oder indem er β) ſogleich, bei ihrer Einwendung und Rechtfertigung, vermöge directer geſetzlicher Erlaubniß, ohne dieſe erſt durch eine restitutio in integrum von dem Richter auswirken zu müſſen, den früheren, wirklich geſchehenen, Verhandlungen noch etwas hinzufügt — *nova* [50]) — was entweder für ſich allein, oder in Verbindung mit jenem ſchon vorhandenen Inhalt der Acten, die äußerlich rechtskräftige Sentenz als *materialiter iniqua* darſtellen, und unmittelbar eine Abänderung *ipsius rei judicatae* bewirken ſoll.

---

49) Nach dem röm. und can. Recht. S. oben §. 2. u. 3.

50) Nach teutſchem Proceßrecht. S. §. 4. pag. 127.

Was übrigens unter Abweſenheit als geſetzliche *causa* restitutionis zu verſtehen, und ob die prätoriſche General-Clauſel [51]) über die Gränze der Abweſenheiten auszudehnen ſey u. ſ. w., iſt aus der Theorie [52]) in den Proceß herüber zu tragen, dabei aber überall zu bedenken, daß inſofern eine restitutio *contra rem judicatam* geſucht wird, und ertheilt werden ſoll, von der Strenge des Geſetzes durch willkührliche Ausdehnungen ex ratione aequitatis nicht abzuweichen iſt [53]). Inſonderheit ſchließen die Geſetze hierunter auch den error facti als causa restitutionis aus [54]).

§. 3.

Wenn man

II) das canoniſche Recht beleuchtet, ſo enthält dieſes in dem Titel der Decretalen: *de in integrum restitutione* 1. 41. und ſonſt nichts mehr, als das römiſche Recht, wohl aber weniger, abgeſehen davon, daß jenes die Reſtitutionen gegen Verſäumniſſe an proceſſualiſchen Verhandlungen [55]) ſchon häufiger in das Auge faßt [56]), und dabei das Subject, welches die Rechte der Minderjährigen genießt, gegen die Verſehen der Nebenperſonen direct reſtituirt [57]). In ſo weit das päbſtliche Recht auch die restitutio contra *rem judicatam* zum Gegenſtand hat, ſetzt es blos eine römiſch-rechtliche causa restituendi voraus,

---

51) L. 1. et 26. Dig. 4. 6.

52) Thibaut, P. R. §. 1003. f. Glück, a. a. O. §. 464. ff.

53) Des Haderns iſt ſonſt kein Ende. L. 1. 4. u. 5. Cod. 7. 52.

54) L. 7. Cod. 1. 18. L. 36. Dig. 10. 2. Noch weniger iſt Rechtsirrthum eine causa rest. Tit. Dig. de juris et facti ignorantia. L. 32. Dig. 42. 1.

55) Vergl. oben §. 1. Nro. 2. S. 114.

56) Der päbſtl. Proceß iſt ſchon geregelter, als der römiſche, und gibt mehr, als dieſer, Gelegenheit zu Verſpätungen. S. Cap. 3. 4. 7. X. 1. 41. Das Cap. 8. beziehet ſich nicht auf den Proceß, Cap. 9. ſpricht von den für die Ertheilung der Reſtitution competenten Richter.

57) Cap. 2. X. 1. 41.

vorzüglich das kirchliche Privilegium der Minderjährigkeit, und keine *Nova* [58]). Denn Cap. 10. ej. tit. sagt weiter nichts, als: „wird der Implorant mit der contra rem judicatam gebetenen Restitution zurück gewiesen, so kann er gegen dieses ihn abweisende, den Imploraten entbindende, Erkenntniß nur dann abermals Restitution suchen, wann er vermag, auf *novas defensiones* sich zu stützen, d. h. einen neuen bessern Restitutionsgrund beizubringen, als denjenigen, welcher durch jenes Erkenntniß für unstatthaft, oder unerwiesen, erkannt wurde; er muß vielmehr Appellation gegen diese abschlägliche Sentenz erheben, glaubt er, jener verworfene Restitutionsgrund sey ausreichend, und also dieses Decret materiell ungerecht. Sollte jedoch der Implorant nur an einem Fatale sich versäumt haben (an der Einwendung jener nöthigen Appellation), so kann er hiergegen in den vorigen Stand, in die Appellationsbefugniß, wieder eingesetzt werden, damit dann von dem Oberrichter geprüft werde: „ob die vom judex a quo verworfene causa restitutionis contra rem judicatam hierzu gesetzlich hinreiche, oder nicht.“ — Fast mehr als dieses enthält schon das römische Recht [59]), ohne daß sich behaupten ließe, neue Thatsachen und Beweise würden durch novas *defensiones* bezeichnet. Zu enge möchte jedoch die Erklärung der L. 2. Cod. 2. 44. seyn, welche Thibaut [60]) giebt. Faßt man nämlich L. 1. 2. et 3. Cod. 2. 44. mit dem nur wiederholenden Cap. 10. X. 1. 41. zusammen, so liegt wohl in ihnen folgender Ideengang und Sinn der Gesetzgebung: Würde eine gesuchte Restitution rechtskräftig für unstatthaft erkannt, so führt es zu einem Widerspruch und zur Unendlichkeit, die nämliche Restitution aus der nämli-

58) Vergl. oben §. 2. Nro. 3.

59) L. 1. 2. 3. Cod. 2. 44.

60) In dem System des P. R. §. 1264. mit Bezug auf Cocceji, Hofacker und Voetius.

chen causa specialis nochmals zu ſuchen. Denn dieſe iſt ja ſchon geprüft, und dieſe iſt rechtskräftig für unſtatthaft erkannt. Auch die Entſcheidungen über die Statthaftigkeit der Reſtitution ſtehen unter dem Geſetz der Rechtskraft; ſonſt wäre des Reſtitutionshaders kein Ende. So wie aber ein Kläger überhaupt, hat er ſich auf einen ſpeciellen Klaggrund geſtützt, z. B. in der Eigenthumsklage nur auf deſſen Erwerb durch Verjährung, und wird der Beklagte von dieſer Klage rechtskräftig entbunden, zwar ſolche nicht nochmals erheben, jedoch das nämliche Recht und Object, geſtützt auf eine neue ſpecielle causa petendi, abermals verfolgen kann, und ſo mit einer Reihe von einzeln ſpeciellen Klaggründen hindurch [61]), ſo kann auch eine zweite Reſtitution, des nämlichen Gegenſtandes, wie jene erſte aberkannte, dann geſucht werden, wann der abermals auftretente Implorant auf *novas defensiones* ſich gründet, d. h. auf eine noch nicht verhandelte, neue, causa specialis der Reſtitution, z. B. dort auf Minderjährigkeit oder Abweſenheit, jetzt aber auf neu aufgefundene Urkunden, oder auf Zeugenbeſtechung, nach §. 2. nr. 1. et 2., oder zuerſt auf Abweſenheit, und nachdem dieſe für zur Reſtitution nicht qualificirt rechtskräftig erkannt wurde, nunmehr auf Minderjährigkeit. Will alſo der Implorant in Hinſicht auf die erſte, ihm aberkannte, Reſtitution den Folgen der Rechtskraft entgehen, und eine nochmalige Prüfung der Materialien des verhandelten Reſtitutionsproceſſes begehren, ohne von einer nova defensio auszugehen, ſo muß er in der legalen zehntägigen Nothfriſt zu einem ordentlichen Rechtsmittel ſeine Zuflucht nehmen, und als gravamen behaupten: „nach dem Inhalt der verhandelten Acten hätte die aberkannte Reſtitution nicht aberkannt, ſondern ertheilt werden ſollen, und es ſey daher jenes materiell ungerechte Erkenntniß zu reformiren. Das römiſche und

61) L. 11. §. 4. L. 14. Dig. 44. 2.

päbſtliche Recht kannte nur das ordentliche Devolutiv-Rechtsmittel der Appellation, und es leidet daher keinen Zweifel, daß wo auch bloße Suspenſiv-Rechtsmittel geſetzlich ſind, z. B. Reviſion, Leüttrung u. dgl., der Implorant auch dieſe, ſtatt der Berufung, zu jenem Zweck wählen kann.

Uebrigens umfaſſen jene Geſetze [62]) gewiß den Fall nicht, wenn in dem Reſtitutionsproceß ſelbſt eine causa restitutionis ſich entwickelt, z. B. als der Implorant mit der Reſtitution zurück gewieſen wurde, war er noch minderjährig, oder abweſend, oder in dem Reſtitutions-Proceß beſtach der Implorat die Zeugen, producirte fälſchliche Urkunden u. ſ. w. Hier muß das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand auch gegen das die geſuchte Reſtitution aberkennende Erkenntniß allerdings Platz greifen; denn dieſer Reſtitutionsproceß war ein ſelbſtſtändiger Rechtsſtreit, es hat das Recht und die Folgen jedes andern Proceſſes.

Aber wie, wann die Imploration einer Reſtitution ſofort durch das erſte Decret, einer untauglichen Klage gleich, ohne ſie dem Imploraten vorerſt zur Antwort, oder *ad excipiendum*, mitzutheilen, verworfen würde? Auch hier muß der ſofort zurückgewieſene Implorant ein ordentliches Rechtsmittel eben ſo ergreifen, als wäre eine von ihm eingewendete Appellation, Reviſion u. dgl. gleich nach der Introduction oder Einwendung rejicirt worden. Denn ſolche rejectoria enthalten Urtheil und Entſcheidung des Richters, und ſind inſofern der Rechtskraft fähige Deciſiv-Decrete.

§. 4.

Es hat aber die teutſche Gerichtspraxis und Geſetzgebung den Gebrauch der restitutio contra rem judicatam dadurch erweitert, daß ſie auch da, wo eine römiſch-recht-

62) L. 1. sq. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41.

liche *causa* restitutionis (§. 2.) nicht vorhanden war, die Reſtitution dennoch für begründet hielte, und zu ſuchen geſtattete, wenn nur der Implorant auf *nova* [63]) ſich ſtützen könne. Gewiß gaben hierzu die im römiſchen und canoniſchen Recht erwähnten *novae defensiones* §. 3. die Veranlaſſung; denn die teutſchrechtliche Leuterung kannte und kennt, ſo lange man ſie rückwärts geſchichtlich verfolgen kann, und wie man ſie in einem Theil Teutſchlands, als Mutter der Reviſion, noch lebend und webend findet, auf keinen Fall andere nova, als *noviter emergentia* et *reperta*. So dunkel nun jene römiſch- und canoniſch-rechtlichen novae defensiones vorlagen, ſo vag und ungewiß wurde in dem teutſchen Proceß der Begriff der *novorum*, worüber dann der Gebrauch der restit. contra rem judicatam bis zum Unfug und bis zur gänzlichen Unſicherheit aller rechtskräftigen Erkenntniſſe ſtiege. Die Reichsgeſetzgebung ſuchte daher einzulenken, und dem ſchädlichen wilden Strom einen Damm zu ſetzen [64]).

1) Der Deputat. Abſch. v. 1533. §. 4. verordnete, „daß, wenn jene Reſtitutionen aus Gefährde, oder blos mit Bezug auf frühere Verhandlungen, oder aus zwar neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen, Urſachen geſucht würden, mit der Execution vorgefahren und der Implorant in die Unkoſten verurtheilt werden ſolle.“ Zugleich wurde für ſtatthafte Reſtitutionsgeſuche der feierliche — artieulirte — Proceß vorgeſchrieben.

---

63) Die *Nova* vertreten nämlich die *causam restituendi* — gelten für dieſe.

64) Vorzüglich gehören hierher: *Ullheimer*, Diss. num. rem. restit. in integrum cum remedio revisionis in camerae imp. judicio conjungi possit. Bamberg, 1778. K. G. Riedeſel, Frhr. zu Eiſenbach, Vorträge an den vollen Rath des K. Kammerger. Jena, 1791. Nro. II. S. 79 ff. Gönner, in dem Handb. B. 3. Nro. 66.

2) Jene Verordnung wurde in die K. G. O. Thl. 3. Tit. 50. ohne Minderung und Zusatz aufgenommen.

3) Aus dem Reichsdeputations-Abschied vom Jahr 1600. §. 138. entnimmt man so viel, daß die Restitution auch gegen rechtskräftige Interlocute — interlocutiones *mixtas* — statt findet; denn der rest. contra lapsum fatalium war schon vorher im §. 86. gedacht.

4) Kräftig sprach sich ein gemeiner Bescheid des R. K. G. vom 7. July 1669. im Wesentlichen dahin aus [65]: die Procuratoren sollten sich der mit der Restitution getriebenen Mißbräuche enthalten — sollten nichts, was in facto et jure schon vorgewesen, wiederholen, sondern einzig und allein die in *facto* emergirende *nova*, oder neue Beweise, kurz und nervös einführen, und mit Specialgewalt von ihren Principalen zur Abstattung des Eides: „daß sie von dem Einbringen vorher einige Wissenschaft nicht gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeinet“ [66], jederzeit gefaßt erscheinen.

5) Ein dorthin sich beziehender anderweiter gemeiner Bescheid vom 7. July 1671. bestimmte nun auch die Zeit, wann jener Eid abgeschworen werden sollte, mit hinzugefügter „formula juramenti in puncto restitutionis in integrum“ [67].

---

65) S. Des u. s. w. Cammergerichts Gemeine-Bescheide u. s. w. v. J. 1497 bis 1711. Wetzlar 1717. Nro. 180. S. 91 f.

66) Diese leidige Clausel, „oder u. s. w. nicht vermeinet“ — dieses Privilegium der Negligenz und Rechtsunwissenheit — ist das peinliche Creuz in ihrem Gefolge der leicht zur Chikane führenden Restitution. Jede neue Gesetzgebung streiche wenigstens jenen verderblichen Anhang! —

67) S. Gem. Besch. Note 65. all. Nro. 185. S. 97. f.

Klar verordnen dieſe Vorſchriften [65]), in Verbindung mit dem zweiten Theil des Reſtitutionseides [69]): entweder

a) neue Thatſachen werden als weſentlich erfordert, d. h. ſolche, welche in den frühern Verhandlungen von dem jetzigen Imploranten weder erzählt, noch einer Antwort des Implorats ausgeſtellt wurden. Dieſe *facta nova* müſſen aber auch erheblich ſeyn, d. h. ihre Wahrheit muß eine Abänderung des angefochtenen Urtheils rechtlich begründen. So wie ſie aber am wenigſten einen neuen thatſächlichen Klaggrund enthalten dürfen (mutationem libelli), ſo ſind gewiß auch neue Einreden, Repliken, und Dupliken ausgeſchloſſen, eben ſo wie, einer richtigen Auslegung des Geſetzes nach, in dem Gebiet der novorum einer Appellation. Die *facta nova* müſſen die Eigenſchaft einer bloßen Verſtärkung, oder Erweiterung, oder einer Stellvertretung, der nämlichen Thatſachen enthalten, mit welchen ein früher ſchon verhandelter Streitpunkt bereits begründet war [70]). Rechtsgrundſätze aus den promulgirten Ge-

---

68) Leider ſchweigt in dieſem Punct der Reichsabſch. v. J. 1654., obgleich in dieſem Hauptgeſetz §. 73. u. 74. wegen der novorum appellationis beſtimmte Vorſchriften enthalten ſind. Analog ſind dieſe, jedoch auch auf die nova der restit. contra rem. jud. anwendbar.

69) Verb. „ſondern nunmehr das rem. rest. in integr. gegen die in dieſem K. C. G. ausgeſprochene Urtheil Platz zu haben, und hierzu die Sache von Rechtswegen, ohne (bloße) Wiederholung desjenigen, ſo allbereit *in Facto et Jure* vorgekommen, genugſam qualificirt zu ſeyn erachtet, alles getreulich und ohne Gefährde.“ Vergl. Note 80.

70) Z. B. der Beklagte ſuchte die Einrede der Zahlung direct durch Zeugen zu beweiſen, wurde aber, weil deren Auſſagen ſchwankend ausfielen, und nicht einmal einen geſetzlichen Eid begründeten, unbedingt verurtheilt, erfährt jedoch nachher, daß der Kläger den Empfang der Zahlung gegen andere Perſonen erzählend geſtanden habe. Letzteres iſt das neue Factum.

ſetzen können nie neu ſeyn; denn neue Geſetze ſind nicht zurückzuziehen [71]), und die zur Zeit des Rechtsſtreites beſtehenden Geſetze ſind ohnehin ein Gegenſtand des richterlichen Erfüllungsamtes [72]); nicht promulgirte Geſetze hingegen haben allerdings die Natur der Thatſachen [73]), und können daher als nova benützt werden [74]), inſoweit ſie nicht ſelbſt eine neue Klage, neue Einrede u. ſ. w. bilden [75]) — oder

b) neue Beweiſe, d. i. Beweismittel [76]), welche früherhin, dem Beweisführer bekannt oder unbekannt, unbenutzt blieben. Die neuen Thatſachen lit. a. bedürfen ohnehin (hier wohl ohne Ausnahme) auch einer neuen Beweisführung, und dazu neuer Beweismittel. Es iſt aber auch denkbar, daß α) nur neue Beweismittel zum Beweis vor dem angefochtenen Erkenntniß ſchon vorgekommener Thatſachen als nova die Reſtitution begründen [77]), oder daß β) hierzu die früher ſchon benützten Beweismittel abermals zum Beweis neuer Thatſachen pro-

---

71) Das bekannte: lex nova non retrahitur ad praeterita. Nov. 119. praef. es Cap. 1. L. 7. Cod. *de* legib.

72) L. un. Cod. 2. 11. R. A. v. J. 1654. §. 96. Handb. B. 1. S. 65. f.

73) Archiv für die civil. Praxis. B. 1. S. 28.

74) *Cramer* in obs. jur. un. T. 1. obs. 367.

75) Dann iſt es eine unerlaubte mutatio. Die durch ein Gewohnheitsrecht gegebene Klage iſt eine andere, als die, welche das promulgirte Recht gibt.

76) Ohne dieſe iſt kein Beweis, d. i. factiſcher und juriſtiſcher Beweisgrund, rechtsmöglich. Archiv, B. 1. Abh. 3. §. 2. ff., und eine beſſere juriſtiſche Ausführung der frühern Verhandlungen iſt weder ein thatſächliches *novum* lit. a., noch eine neue Beweisführung.

77) Das Geſetz gibt die Alternative: entweder nova facta, oder neue Beweiſe. Neue Thatſachen können alſo auch durch Eidesdelation bewieſen werden. Denn dieſe iſt ein ordentliches Beweismittel.

ducirt werden [78]). Aber — von neu aufgefundenen Beweismitteln abgesehen — läßt sich jener abermalige Beweis der nämlichen Thatsachen durch andere Beweismittel nur mit derjenigen Gesetzgebung vereinigen, welche einen peremtorischen Beweistermin nicht kennt, und nur in einem solchen

---

78) Wie aber, wenn der Implorant neu entdeckte Zeugen über schon vorgekommene, durch Zeugen erwiesen werden sollende, aber für nicht erwiesen erkannte, Thatsachen zur Begründung der Restitution produciren will? oder gar solche Zeugen, deren Daseyn zur Zeit der Beweisführung er zwar kannte, welche zu produciren er aber nicht für dienlich erachtete? — Das röm. und canon. Recht verbieten, nach unternommenem Zeugenbeweis und geschehener Eröffnung der Zeugenaussagen über den nämlichen Beweissatz, für oder wider, nochmals Zeugen zu produciren, und das canon. Recht setzt hinzu: „auch nicht in der Appellations-Instanz.“ Die Besorgniß einer Subordination der Zeugen ist die ratio legis. Nov. 90. Cap. 4. §. 1. Clem. 2. de test. 2. 8. Cap. 17. 19. et 25. X. 2. 20. Ohne Ausnahme ist nun diese allgemeine Vorschrift des Gesetzes keineswegs; und so wie das auch beiden Hülfsrechten bekannte Princip: *novum emergens novo indiget auxilio* den Nachgebrauch neu aufgefundener Zeugen rechtfertigt, selbst nach dem Abfluß eines peremtorischen Beweistermins, so deuten die Gesetze es auch an, daß im Fall einer Partei Zeugenaussagen ohne deren Willen und Schuld bekannt werden, dieser Zufall, oder diese culpa tertii, ihr das Recht zu weiterer Zeugenproduction über das nämliche factum nicht entziehen kann, und daß überhaupt jenes Verbot strenge zu erklären ist. Cap. 35. 38. et 48. X. 2. 20. Allein damit ist dem Fall nicht geholfen, wann die Partei einige Zeugen producirte, andere ihr bekannte Zeugen hingegen unbenutzt ließe, nun aber der letztern als nova instrumenta zur Restitution sich bedienen, und hier den Eid schwören will: „sie habe vorher nicht für dienlich erachtet, jene Zeugen zu produciren.“ Dieses läuft offenbar gegen das Hülfsrecht, muß jedoch nach der teutschen Gesetzgebung, leider! für erlaubt angesehen werden, haben nicht Landesgesetze weise eine Abänderung getroffen.

Rechtsſtreit, in welchem auch der Richter ein peremtoriſches Beweisinterlocut nicht ausgeſprochen hat. Denn dürfte der Beweisführer nach der auf einen peremtoriſch aufgelegten Beweis erfolgten und rechtskräftigen Definitivſentenz mit einem neuen Beweis *blos deshalb* hervortreten, weil er im Laufe jenes Termins das Aufſtellen und Beweiſen der jetzt in restitutorio vorgebrachten neuen Beweisſätze, oder das Ernennen und Produciren der jetzt herbeigebrachten neuen Beweismittel, *nicht für dienlich geachtet* habe, ſo wäre dieſes ein Verhöhnen jenes peremtoriſchen Beweistermins und das ſchädlichſte Privilegium, die Proceſſe durch Chikane, wenigſtens durch Nachläßigkeit und ſubjectiven Irrwahn, zu verewigen [79].

Bei allem dieſem läßt ſich nicht bezweifeln a) daß das *Reſultat* des früher ſchon geführten Beweiſes mit dem Reſultat des *neuen* Beweiſes *vereiniget* werden darf [80], um die von neuem bezweckte richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, ſo wie die Auflage eines beſſern Beweiſes den Producenten nicht verhindert, die factiſchen *Beweisgründe* des anticipirten Beweiſes mit denjenigen des hierauf gebotenen und unternommenen beſſern Beweiſes *in Verbindung zu ſetzen*, ingleichen b) daß mit den *neuen Thatſachen* auch ſolche, auf *dieſe* anwendbare, *Rechtsgründe* in

79) Wo aber das „*nicht für dienlich erachten*“ einmal ausreicht, da muß es auch gleichviel ſeyn, ob der Implorant die jetzt erſt vor- und beigebrachten neuen Thatſachen, oder Beweismittel, früherhin *kannte* oder *nicht* — hätten ſich auch die Urkunden in ſeinem eigenen Beſitz befunden. Genug — leider genug — daß er ihren Gebrauch nicht für dienlich *erachtete*!

80) Die Worte in der Eidesformel: „ohne *Wiederholung* desjenigen, ſo alibereit in facto et jure vorkommen,“ wollen gewiß nur ſo viel ſagen: *bloße Wiederholung* jener ſchon verhandelten Thatſachen und Rechtsgründe iſt kein *novum*. *Neue* Thatſachen, oder Beweiſe, oder *beides*, müſſen den ſchon vorgekommenen Thatſachen wenigſtens *hinzukommen*. Vergl. Note 69.

der Beweisdeduction vorzubringen erlaubt iſt, welche von dem Imploranten früherhin noch nicht, oder auch in Bezug auf andere dort vorgekommene Thatſachen, erwähnt wurden. Die Thatſachen ſind das Principale — die Rechtsgründe nur Acceſſorium.

§. 5.

Siehet man auf das Ganze und auf die hier ſich zeigende Colliſion des einheimiſchen Rechts mit den Hülfsgeſetzen zurück, ſo folgt:

1) Gründet ſich der Implorant auf *nova* im obigen Sinn §. 4. lit. a. u. b., und ſchwört auch nur den zweiten Theil des Reſtitutionseides [81]), ſo bedarf er zur Begründung der restitutio in integrum contra rem judicatam gar keiner römiſch oder canoniſch rechtlichen *causa* restituendi [82]); jedoch kann er dieſe, iſt eine derſelben in concreto vorhanden, mit jenen novis erlaubter und nützlicher Weiſe cumuliren [83]).

2) Kann er ſich auf neue Thatſachen oder Beweiſe nicht ſtützen, wohl aber auf eine römiſch oder canoniſch rechtliche causa restituendi, ſo begründet ſich auch durch dieſe allein das Reſtitutionsgeſuch. Denn das ſinguläre Inſtitut des teutſchen Proceſſes §. 3. derogirt jenem Hülfsrecht keineswegs. Wäre alſo

a) das auf die Ausſagen beſtochener Zeugen, oder auf den Inhalt falſch geſchmiedeter Urkunden u. dgl., ergangene Urtheil auch nicht als nichtig zu behandeln [84]), ſo würde

---

81) Nämlich: „daß er u. ſ. w. nicht für dienlich erachtet habe.“

82) Oben (Note 63.) wurde ſchon erwähnt, daß die *Nova* den Platz einer causa specialis rest. einnehmen — für eine ſolche gerechnet werden.

83) Z. B. der Implorant, welcher neue Thatſachen oder Beweiſe vorbringen will, kann ſich zugleich auf Minderjährigkeit tempore rei judicatae beziehen.

84) Vergl. oben §. 2. S. 121.

jenes falsum doch wenigſtens ein ſolches Reſtitutionsgeſuch begründen, welches nur durch die Verjährungsfriſt von dreißig Jahren erliſcht; und eben dieſes tritt ein

b) im Fall nach des Rechtsſtreites endlicher Entſcheidung mittelſt eines vom Richter erkannten und von einer Partei abgeſchwornen Erfüllungs- oder Reinigungseides der Unterliegende neue, ſeinen Sieg begründende, Beweismittel entdeckt [85]). Die teutſchen Geſetze §. 4. erfordern nicht, daß der Proceß durch einen geſetzlichen Eid ſich geendiget habe — ſie übergehen dieſen beſondern Fall mit Stillſchweigen. — Dieſem nach bleibt das Hülfsrecht neben ihnen anwendbar [86]), und der Implorant iſt in dieſem von dem röm. Recht aufgeſtellten Fall in eine blos vierjährige Friſt nicht eingeengt.

---

85) Wenn der Römer als richterlichen Eid nur das Suppletorium kannte, ſo muß ſich eine restitutio ob instrumenta noviter reperta blos auf directen Gegenbeweis bezogen haben. Denn die Partei, welche den Erfüllungseid leiſtete, und dadurch Sieger wurde, bedurfte natürlich keiner Reſtitution. Anders, denkt man ſich die Entſcheidung durch ein Purgatorium. Daß die Beweismittel neu entdeckt worden ſind, muß beſcheiniget oder eidlich erhärtet werden, will der Implorant, auf das Hülfsrecht geſtützt, nach Verfluß von vier Jahren von Zeit des Auffindens novorum instrumentorum, innerhalb dreißig Jahren, von der Rechtskraft des Erkenntniſſes an gerechnet, von der Reſtitution Gebrauch machen. Gehet er aber von dem teutſchen Prozeßrecht aus, und bittet innerhalb vier Jahren, von dem Eintritt jener Rechtskraft an, um Reſtitution, ſo muß ſchon das Abſchwören des zweiten Theils des Reſtitutionseides S. 129. ausreichen, der erſte Theil aber (daß er keine Wiſſenſchaft gehabt) dann, wann nach vier Jahren von jener Rechtskraft an, jedoch innerhalb vier Jahren von dem Auffinden der nova instrumenta an, Reſtitution geſucht wird. *Plus* continet *minus*. S. in Note 87.

86) Thibaut, P. R. §. 35. u. 39.

In beiden Fällen, a. und b., iſt aber der Lauf der dreißigjährigen Friſt vom Augenblick des zehntägigen Alters der anzufechtenden Definitivſentenz zu berechnen [87]), ohne Unterſchied, wann der Implorant das Falſum oder die neuen Beweismittel entdeckt; indem der Ablauf jener längſten Verjährungsfriſt das formelle und materielle Recht zugleich umfaßt [88]), und von dem Wiſſen des Verletzten nicht abhängt [89]).

3) In Rückſicht auf die prätoriſchen und canoniſch rechtlichen causas restituendi, inſoweit jene *contra rem judicatam* Platz greifen, kommt das teutſche Recht auch in Anſehung der in dieſem erweitert gegebenen, blos auf *nova* zu gründenden, die Ableiſtung eines Erfüllungs- oder Reinigungseides nicht vorausſetzenden, Reſtitution mit dem Hülfsrecht darin überein, daß ſämmtliche dieſe Arten der Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand an das quadriennium [90]) gebunden ſind, welches mit dem Eintritt der Rechtskraft des durch die Imploration um Reſtitution angefochtenen Erkenntniſſes zu laufen anhebt, mit

---

87) Von dieſem Augenblick der Rechtskraft an iſt der Gegner des Imploranten im Beſitz des formellen Rechts, und erwirbt nun das materielle durch den Ablauf der Verjährungszeit. Auch iſt die Reſtitution gegen die Rechtskraft, contra rem judicatam, berechnet, und dieſe iſt vor Ablauf der zehntägigen Nothfriſt zur Einwendung eines ordentl. Rechtsmittels juriſtiſch nicht vorhanden — erſt mit Ablauf jener Nothfriſt wird ſie nata, und wirkt erſt von dieſem Augenblick ihres Werdens an. Von der Publication an bis zum zehntägigen Alter iſt das Erkenntniß gleichſam nicht in den Acten — iſt nur Vorſchlag des Richters — und der Parteien ſtillſchweigender Vertrag wird erſt mit jenem Alter des Erkenntniſſes perfect.

88) S. m. Handb. zu Mart. Lehrb. d. b. Pr. B. 1. S. 52.

89) Thibaut, vom Beſitz und Verj. Thl. 2. §. 73.

90) Thibaut, P. R. 1036. Glück, in der Erläuterung der Pand. §. 439.

Ausnahme des Falles, wann der teutſchrechtliche Implorant die neuen Thatſachen oder Beweismittel zu jener Zeit nicht kannte, ſondern erſt nachher entdeckt, in welchem Fall der Lauf jener vierjährigen Friſt erſt mit der Entdeckung den Anfang nimmt [91]).

4) Stützt ſich der Implorant blos auf eine ſolche römiſch oder canoniſch rechtliche causa restit., welche §. 2. Nro. 3. erwähnt wurde, ſo nimmt der Reſtitutionsproceß (abgeſehen von der Friſt zu dem Anbringen des Reſtitutionsgeſuchs) die Natur eines ſolchen ordentlichen Rechtsmittels an, in welchem *nova* gar nicht vorkommen, außer etwann der Beweis der *causa* restituendi [92]), welche hier den Klaggrund bildet. Die Frage: ob der Implorant durch das angefochtene Erkenntniß ſo verletzt ſey, wie er angiebt? iſt dann nur Rechtsfrage; ſo wie bei einer Reviſion, Leuterung, oder Appellation ohne Privilegium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, der Richter nur zu erwägen hat: »ob der Grund der aufgeſtellten Beſchwerde aus den Acten der vorigen Inſtanz ſich rechtfertige.«

§. 6.

Es ſind die Reſtitutionen §. 1. Nro. 3. und §. 2. f. zwar außerordentliche Rechtsmittel im Verhältniß zur

---

91) Dieſes iſt wenigſtens die poſitiv am beſten begründete und auch die vernünftigſte Meinung. Riedeſel, a. a. O. §. 13. Gönner, a. a. O. §. 20. Vergl. a. Note 87. S. 136. Sind alſo von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des anzufechtenden Erkenntniſſes an bis zum Vortrag des Reſtitutionsgeſuchs vier Jahre bereits verfloſſen, ſo hat der Implorant das Entdecken zu einer ſolchen Zeit, von welcher an die vier Jahre noch nicht verſtrichen ſind, zu beſcheinigen, oder eidlich zu erhärten. Anders, wann nur der Fall des römiſchen Rechts L. 1. sq. C. 7. 58. vorliegt, und von dieſem Hülfsrecht Gebrauch gemacht werden ſoll. §. 5. Nro. 2. b. S. 135.

92) Es fällt alſo auch der Reſtitutionseid S. 129. hinweg.

Appellation, Reviſion, Leuterung u. dgl., als den ordentlichen, d. h. an eine zehntägige Nothfriſt ihrer Einwendung gebundenen, Rechtsmitteln [93]), keineswegs jedoch gegen das Judicium, ſondern adversus hujus *sententiam*, und wider die Gegenpartei gerichtet. Sie bezwecken, wie Gönner ſpricht [94]), einen Sieg des materiellen Rechtes über das förmliche, d. h. welches die der Zeit nach vorhandene Rechtskraft des angefochtenen Erkenntniſſes unter den Parteien feſtſtellen würde [95]), wäre das Reſtitutionsgeſuch nicht verſtattet. Es verordnen auch die Geſetze nirgends, daß die Reſtitution gegen ein unterrichterliches Erkenntniß bei dem Obergericht geſucht, und daß ſie alſo Devolutivkraft haben ſolle; vielmehr folgt ſchon aus der materiellen Connexität, und aus dem Recht auf mehrmaliges Gehör, daß derjenige Richter für das Reſtitutionsgeſuch zunächſt competent ſey, welcher das Urtheil ausgeſprochen hat [96]). Aber dann

---

93) In einem andern Sinn — mit ſubſidiariſch gleichviel — nennt man auch die Reſtitutionen überhaupt außerordentliche Rechtsmittel. Wie weit mit Grund oder Ungrund, gehört nicht hieher. Vergl. dieſes Archiv, Bd. 4. Nro. X. 2. Nur ſoviel ſey in Bezug auf den Proceß erwähnt, daß in deſſen Gebiet die Reſtitutionen nur in ſofern ſubſidiariſch-außerordentliche zu nennen ſind, als ein anderes Rechtsmittel gar nicht ſich findet, welches man vor der Reſtitution wählen könnte. Iſt ein ſolches noch vorhanden, ſo entſtehet zwiſchen dieſem und dem Rechtsmittel der proceſſualiſchen Reſtitution, zeigen ſich auch deren Bedingungen, nur eine Concurrenz, die auch elective, ja ſogar cumulativ, ſeyn kann. Das nähere §. 7. Auch muß dann wenigſtens das Princip zur Anwendung kommen, „daß wenn die Reſtitution vortheilhafter oder ſicherer iſt, auch das vorhandene ſ. g. ordentl. Rechtsmittel zur Seite geſtellt werden darf. L. 14. Dig. 4. 2. L. 4. Cod. 2. 20.

94) a. a. O. B. 3. Abh. 66. §. 1.

95) Archiv. B. 1. Abh. 24. S. 365 f.

96) *Perhorrescenz* gegen dieſes forum ordinarium kann aller-

findet Berufung ſtatt, wann der Unterrichter ſie als nicht begründet zurückwirft [97]), oder, nachdem er den Reſtitutionsproceß einleitete, in dieſem erkennt: „der Implorant habe die causam restituendi, oder die Läſion, d. h. die materielle Ungerechtigkeit des vorigen Urtheils, nicht bewieſen“ u. dgl. [98])

Man muß jedoch auch hier die restitutio contra *rem judicatam* ſcharf ſcheiden

a) von der Reſtitutionsklage, d. i. dem Geſuch auf Reſciſſion eines verletzenden außergerichtlichen Rechtsgeſchäftes, z. B. eines Kaufs u. dgl., gerichtet [99]). Hier tritt, nach teutſchrechtlicher Gerichtsverfaſſung [100]),

---

dings eintreten, hauptſächlich wenn die laesio in einer ſolchen widerrechtlichen Handlung des ſprechenden Richters ihren Grund hat, welche nicht blos in einer irrigen Anwendung der Rechtstheorie beſtehet. Eine Klage gegen den Richter iſt das hier vorliegende Rechtsmittel der Reſtitution auf keinen Fall. Ein forum *extraordinarium* (Martin, a. a. O. §. 57.) muß ſich begründen, ſoll ein höheres Gericht, als dasjenige angerufen werden, welches das Erkenntniß ausgeſprochen hat, gegen welches Reſtitution geſucht wird.

97) L. all. 1. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41.

98) S. was deshalb oben §. 3. als Erklärung der L. 1. Cod. 2. 44. und Cap. 10. X. 1. 41. näher entwickelt wurde.

99) S. oben §. 1. Nro. 1. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. §. 434.

100) *Lauterbach*, in coll. th. pract. Lib. 4. Tit. 1. §. 11 *Hofacker*, in princ. jur. rom. germ. §. 817. Wie nach der römiſchen Gerichtsorganiſation, ſ. bei Glück, a. a. O. ibi leg. et icti all. Es dürften aber auch bei Glück u. a. die Reſtitutionsarten nicht ſo geſchieden ſeyn, wie es nöthig iſt, um die Frage mit Sicherheit zu beantworten: bei welcher Behörde iſt Reſtitution zu ſuchen? Die L. 3. Cod. 2. 47. ſagt im Grund nichts weiter, als: zur Befugniß, Reſtitution zu ertheilen, gehört *jurisdictio*. Das Forum ſelbſt iſt dort nur inſoweit angedeutet, daß über die incidenter geſuchte Reſtitution der Richter der anhängigen Hauptſache entſcheide. Dieſes beziehet ſich wohl auf die Reſtitution gegen Proceßverſe-

die allgemeine Regel ein: *actor sequitur forum rei*, und deſſen Wahl hängt dann weiter davon ab, ob jenes klagende Reſtitutionsgeſuch α) blos die Natur einer perſönlichen Klage habe, oder β) auch gegen den Beſitzer als ſolchen, einer dinglichen Klage gleich, als actio in rem scripta, ſtatt finde [1]). Dort iſt das forum *domicilii* des Imploranten der competente Gerichtsſtand [2]); ob auch das forum contractus? iſt bekanntlich beſtritten [3]). Im Fall β) aber concurrirt mit dem generellen foro domicilii auch das forum rei sitae [4]). Sollte, wie es rechtsmöglich iſt, die factiſche Grundlage der Reſtitutionsklage als Einrede [5]), oder als ſpecielle Replik gegen eine Einrede, benutzt werden [6]), ſo folgt von ſelbſt, daß für dieſe Defenſional-Reſtitution das forum litis pendentis allein competent iſt —

b) von der Reſtitution gegen verſäumte Noth- und andere peremtoriſche Friſten [7]). Dieſe Imploration

---

hen und auf die Fälle, in welchen vi *exceptionis*, *replicae* vel *duplicae*, Reſtitution geſucht wird.

1) Z. B. L. 5. §. 15. Dig. 27. 9. Glück, a. a. O. S. 406. zu §. 434. *Voetius*, L. 4. T. 1. §. 10.

2) L. 2. Cod. 2. 47.

3) S. Thibaut, P. R. §. 1811. ibi all.

4) Martin, a. a. O. §. 46. ibi all.

5) d. h. zur Entkräftung der Klage, um dieſe als unſtatthaft zurückzutreiben, um die Entbindung des Beklagten zu bewirken — nicht um eine Verurtheilung des Klägers zu begründen. Dieſes iſt der Sinn der L. 9. §. 3. D. 4. 2.

6) d. h. zur Entkräftung der Einrede, nicht als neuen Klaggrund, ſondern, damit des Beklagten Einrede der Wirkung der Klage kein Hinderniß werde. Soviel will ſagen L. 9. §. 4. D. 12. 2. Daß dem Beklagten in Anſehung einer ſpeciellen Duplik, zur Entkräftung der Replik, die nämliche Befugniß zuſtehe, folgt von ſelbſt aus der Gleichheit der Parteirechte, und aus der geſetzlichen Vorgunſt für den L. 41. Dig. 50. 17.

7) S. oben §. 1. Nro. 2.

ist immer nur Incident-Nebenpunkt in der Hauptsache, und gehört, vermöge jener Qualität und der materiellen Connexität, lediglich zur Competenz des jud. *litis pendentis* [8]), wiewohl auch hier, wird das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand von dem implorirten Untergericht abgeschlagen, Appellation gegen dieses abschlägliche Decret, als ein Decisivdecret, zweifellos statt findet, ja auch Revision, Leuterung u. dgl.

Was also oben von dem foro restitutionis gesagt wurde, beziehet sich lediglich auf die restitutio contra *rem judicatam* [9]), welche ein Wiederaufleben des nach strengem Recht todten Processes, m. a. W. eine nochmalige Prüfung desjenigen Materials der Parteiverhandlungen bezweckt, über welche der Richter bereits zum Nachtheil des Imploranten erkannt hat — und zwar rechtskräftig, auf den Zeitablauf der zehntägigen Nothfrist der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels hingesehen. Alle ordentlichen Rechtsmittel in dem obigen Sinn sind, wie hier vorausgesetzt wird, ausgeschlossen — versäumt — auch Appellation — darum eben muß Restitution gesucht werden, und darum bei jenem Gericht, welches das angeblich materiell ungerechte Erkenntniß ausgesprochen hat, sey es nun die erste, zweite, oder höchste Instanz [10]). Wird der Richter selbst angeklagt, so kann nicht um Restitution wider den vormaligen

---

8) Das römische Recht erfordert, wie schon erwähnt, daß der Richter Jurisdiction habe, und schließt daher den Judex aus, dem blos *notio* zustehet, und noch mehr den bloßen Schiedsrichter, L. 3. all. Cod. 2. 47., das canon. Recht aber, Cap. 9. X. 1. 41., erlaubt auch dem Schiedsrichter, über die incidenter gesuchte Restitution zu erkennen. Einen Schiedsrichter für den Restitutions-Proceß zu wählen, ist dadurch nicht ausgeschlossen — erlaubt es das Object.

9) S. oben §. 2.

10) L. 1. Cod. 2. 47.

Gegner gebeten werden, nicht um Reſciſſion des dieſem vortheilhaften Erkenntniſſes, ſondern nur um eine vom Richter zu leiſtende Entſchädigung [11]). Das Obergericht kann alſo, wie oben und in der Note 96. ſchon erwähnt wurde, für das Reſtitutionsgeſuch nur als forum *extraordinarium* competent werden, unter Schonung des Inſtanzenrechtes [12]).

---

11) L. 15. §. 1. in f. Dig. 6. 1. L. 2. Cod. 7. 49. *G. L. Boehmer*, in el. jur. civ. T. II. dissert. 4. §. 15.

12) Gönner, a. a. O. B. 1. Abh. 1. §. 10. Thibaut, welcher hierunter anderer Meinung iſt, P. R. §. 1254. g. d. E., beziehet ſich auf das röm. Recht, ohne jedoch ein ſpecielles Geſetz anzuziehen. Es läßt ſich aber der letzte Theil ſeines Satzes: In der Regel iſt dieſes Rechtsmittel (die rest. contra rem jud.) nicht devolutiv, wenn man nicht dabei, wie es nach R. R. angehet, den Richter ſelbſt anklagt", ſchon mit dem Begriff einer Reſtitution nicht vereinigen. Aus der Rechtskraft des richterlichen Erkenntniſſes ziehet nur der ſiegende Gegner des jetzigen Imploranten Vortheil — nicht der Richter. Denn ließe ſich dieſer ſogar beſtechen, um ein ungerechtes Urtheil zu fällen, ſo fließet ihm dennoch jener unerlaubte Vortheil nicht *ex* re judicata zu, ſondern immer bleibt nur der hierdurch lucrirende Gegner das paſſiv legitimirte Subject, von welchem die *restitutio* des aus der läbirenden *re judicata* gewonnenen körperlichen oder unkörperlichen, Objects, beſtehe dieſes in einer Sache oder in einem Recht, oder nur in der Befreiung von einer Verbindlichkeit, zu ſuchen iſt — ſeine Nachfolger, wie ſich von ſelbſt verſteht, mit inbegriffen. In Anſehung eines successoris *singularis* würden auch die Principien concurriren, inwiefern auf dieſen ein Rechtsſtreit übergehet, deſſen Object er erwirbt. S. Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Proceſſes §. 291. *Schaumburg*, in primo prax. jud. L. 1. S. 2. C. 7. §. 4. f.

Würde das Geſuch um rest. in integr. contra rem judicatam wider den Richter gerichtet, ſo müßte der ſiegende Gegner wenigſtens mitbeklagt und Litisconſorte des Richters werden — indem ja ſonſt jene Partei ungehört verurtheilt würde.

Suſpenſivkraft hat aber die Imploration um Reſtitution contra rem judicatam allerdings der Regel nach und in ſo weit, als die Execution dieſer angefochtenen res judicata noch nicht vollzogen iſt, oder inſofern nicht aus ihrer ſchlechten Begründung der Verdacht einer gefährlichen Proceßverſchleifung hervorleuchtet. In dieſem letzten Fall ſoll der Beſiegte leiſten, was jene res judicata ihm auflegt, der hierdurch Siegende jedoch cautionem *de restituendo* beſtellen [13]).

§. 7.

Auch die Frage: ob die restit. contra rem judic. mit einem andern ordentlichen Rechtsmittel gehäuft werden könne? wird bei dem Mangel beſtimmter poſitiver Geſetze mannichfaltig beantwortet. Als Beitrag hierzu gelte folgendes:

Einer eventuellen Häufung der Appellation mit dem Reſtitutionsgeſuch ſtehet nichts entgegen [14]), d. h. im Fall der Implorant erklärt: „ſchlage das Untergericht die Geſtattung des Reſtitutionsproceſſes ab, ſo wolle er hiergegen appelliren“ — nämlich zu dem Zweck, daß das Obergericht erkenne: es ſey dem Imploraten das Reſtitutionslibell zur Antwort mitzutheilen“ [15]). Erfolgt dieſes oberrichterliche Decret (wohl ein rescriptum de emendando), ſo iſt es gerecht, die Acten zu remittiren, zur Sicherung der Inſtanzen. Auch umgewandt läßt ſich die eventuelle Häufung denken; z. B. Appellation wird hauptſächlich und zunächſt eingewendet; weil aber die Beobachtung des Fatale decendii zweifelhaft iſt, ſo fügt der Appellant hinzu: „würde die Appellation nicht geſtattet,

13) Cap. 6. X. 1. 41.

14) Wenn nämlich beide Rechtsmittel, Rest. contra rem judicatam und die eventuelle Berufung, im Laufe des *decendii* eingewendet wurden.

15) m. a. W. „es ſey das Reſtitutionsgeſuch für an ſich unzuläßig nicht zu achten, ſondern ein Verfahren über daſſelbe zu geſtatten.

ſo bitte er um Reſtitution contra rem judicatam.“ Ja es kann hierbei auch die rest. contra lapsum fatalium §. 1. nr. 2. concurriren, wenn nämlich der Appellant voran auf Reſtitution gegen das Verſäumniß jener Nothfriſt der Appellation und auf deren Geſtattung anträgt, auf den Fall jedoch, daß jenes und dieſes abgeſchlagen würde, um Reſtitution contra rem judicatam bittet. Gleichzeitige Häufung der Berufung und rest. cont. rem jud. wäre Widerſpruch, auch gem. R. nach Ueberfluß; erſtes, weil dieſe Reſtitution keine Devolutivkraft hat; letztes, weil auch die Appellation nova auf gleiche Weiſe zuläßt.

In Anſehung bloßer Suſpenſivrechtsmittel läßt ſich jene ſucceſſive Häufung der Reſtitution noch weniger bezweifeln, da das nämliche Gericht für beide Rechtsmittel zunächſt und unbedingt competent iſt. Ja auch eine ſimultane Häufung [16]) iſt hier weder Widerſpruch, noch Ueberfluß, inſofern man vorausſetzt, a) der Revident und Implorant finde ſich auch ohne *nova* durch das publicirte Erkenntniß beſchwert, habe aber über dieſes b) auch *nova*, und es ſey jenem ordentlichen Rechtsmittel das privilegium appellationis, *nondum deducta* rel. abgeſchnitten. Es iſt gewiß ein irriges Grundprincip, wenn Gönner [17]) ohne Unterſcheidung behauptet: „mit den übrigen Rechtsmitteln (im Gegenſatz der Rest. c. r. jud.) fechte man die formelle Richtigkeit der richterlichen Erkenntniſſe an, mit der Reſtitution aber beſtreite man die materielle Zweckmäßigkeit des Urtheils.“ Letztes iſt allerdings gegründet; allein auch durch die Appellation und Reviſion wird der Regel nach nur die materielle Richtigkeit, die sententia als *iniqua*, angefochten, obgleich dieſelben auch, wie die querela nullitatis wegen der Formnichtig-

16) Auch hier vorausgeſetzt, das fatale decendii wird beobachtet in Rückſicht auf beide Rechtsmittel.

17) a. a. O. B. 3. Abh. 66. §. 19.

keiten, gebraucht werden können, ja selbſt gegen unheilbare Nichtigkeiten. Inſofern Appellation und Reviſion ein Urtheil blos *ob iniquitatem* (wegen materieller Ungerechtigkeit) anfechtet, unterſcheiden ſich jene ordentlichen Rechtsmittel von der Rest. cont. rem jud. nur a) durch die Fatalien, und b) durch die, an die Stelle deren Beobachtung tretende, *causa restituendi*, und c) in beſonderer Rückſicht auf die Reviſion darinnen, daß dieſe nicht immer *nova* zuläßt. Eben dieſes sub c. iſt aber der Fall einer möglichen cumulativen Häufung [18]).

---

18) Hierher gehört das Princip gar nicht: „die Reſtitution ſey nicht in ein Reviſorium zu verwandeln.“ Dieſer Rechtsſatz ſagt nur ſo viel: „ohne nova, oder andere *causa restituendi*, läßt ſich keine *restitutio in integrum* begründen.“ Dieſe iſt nie eine bloße Leuterung oder Reviſion der vorigen Verhandlungen. Wo aber *nova* ſich finden, da kann Reſtitution geſucht werden, ohne daß hierdurch aufgehoben würde, auch die Vortheile eines ſolchen ordentlichen Rechtsmittels zur legalen Zeit zu benutzen, welches weder nova, noch eine andere causa restituendi erfordert, ſind auch deſſelben Bedingungen vorhanden. Greifen dieſe durch, ſo mag die causa restituendi unerwieſen, oder das neue Beweismittel fruchtlos bleiben. Wirkt die causa restituendi, als erwieſen, ſo iſt noch mehr geſchehen, als abſolut nothwendig war. Solches mag der Richter prüfen, wenn er, nach beendigtem Reviſions- und Reſtitutionsprozeß, in ipsa causa zu erkennen hat. Man nehme an: das Gericht habe erkannt: „Kläger habe nicht erwieſen und Beklagter ſey daher zu verurtheilen,“ hierauf aber lege der Beklagte innerhalb zehntägiger Nothfriſt Reviſion ein, „weil durch ſeinen ſchon geführten Beweis wenigſtens ein geſetzlicher Eid begründet wäre,“ fügt jedoch hinzu: „er habe *nova instrumenta* aufgefunden, oder dieſe früherhin zum Beweis nicht für dienlich erachtet u. ſ. w., bitte alſo: finde der Richter jene Reviſionsbeſchwerde unerheblich, dieſe neuen Zeugen u. dgl. zu verhören, und dann ihm Reſtitution contra rem judicatam zu ertheilen.“ (Iſt nämlich die Reviſion nicht begründet, ſo iſt res judicata vorhanden). Wer möchte an der geſetzlichen Erlaub-

§. 8.

In manchen teutſchen Ländern kennt man ein ordentliches Rechtsmittel unter dem Namen Reſtitution, resp. mit, resp. ohne Bedingung, wohl mit Ausſchluß der *novorum*. Im erſten Fall iſt ſie eine Miſchung eines ordentlichen Rechtsmittels (nämlich in Rückſicht auf das *fatale interponendi*) und der gemeinrechtlichen rest. cont. rem judicatam, und alles, was wegen der *novorum* in dieſer gilt, muß auch dort ſubſidiariſch zur Anwendung kommen [19]). Sind *nova* ausgeſchloſſen, ſo iſt das ſogenannte remed. restitutionis in integrum *ordinarium* nichts weiter, als die Reviſion, oder Leuterung, wäre auch eine Abweichung in den Fatalien vorhanden [20]). Dieſes ordentliche, auch blos ſuspenſive Rechtsmittel, nicht contra rem judicatam, ſondern auch gegen der Zeit nach noch nicht rechtskräftige Deciſiv-Decrete des Gerichts, ſchließt dann den Gebrauch der gemeinrechtlichen Restitutio *contra rem judicatam* keineswegs aus, inſoweit dieſes re-

---

niß zu einer ſolchen Häufung zweifeln? Wer würde es illegal finden, wenn der Richter vor Abhör der Zeugen über die Reviſionsbeſchwerde nicht abſpricht, nach beendigtem Reviſions- und Reſtitutionsverfahren aber eventuell reflectirt, d. h., zunächſt über den Inhalt der vorigen Acten, und, begründet dieſer keine reformatoria, dann auch über die Wirkung der *novorum* — oder auch über beides zugleich! —

19) Wegen Hannover und Mecklenburg ſ. Oeſterley, Handbuch des bürgerl. und peinl. Proceſſes für das Königreich Hannover. Thl. 2. §. 267. ff. v. Kamptz, Handbuch des Mecklenburger Civilproceſſes, §. 176., mit deſſelben Beiträgen zu den Mecklenb Staats- und Privatrecht. B. 6. Nro. XXV. S. 105 ff.

20) So hat z. B. das Mecklenb. remedium ordinarium restitut. in integrum, ſtatt zehn Tagen, ſechs Wochen als fatale der Einwendung; doch müſſen auch die Beſchwerden ſogleich mit der Einwendung *specifice* angegeben werden, und, weil jeder Theil der Regel nach nur eine Schrift haben ſoll, folglich auch ſogleich juſtificirt werden.

medium extraordinarium durch die Landesgeſetze nicht beſchränkt wird. Es bedarf dieſer Theil des Proceſſes vorzüglich einer ernſten Reviſion, und glücklicher Weiſe haben viele Landesgeſetze wenigſtens die leidige Clauſel des Reſtitutions-Eides: „Implorant habe nicht für dienlich erachtet u. ſ. w.“ [21]) verbannt, oder in ihrem Gebiet nicht aufkommen laſſen [22]).

---

21) S. oben §. 4. S. 129.

22) Die ſächſ. Proceßgebung, welche die rest. in integr. als rem. *ordinarium* ganz verbannt, und die Leuterung als das einzige und ordentliche bloße Suspenſiv-Rechtsmittel beſtätiget, hat, ohne hierunter durch Klarheit und Rechtswiſſenſchaft ſich auszuzeichnen, wenigſtens das Gute, daß mit ihren Verordnungen ein Reſtitutionseid: „Implorant habe nicht für dienlich erachtet u. ſ. w. ſich durchaus nicht verträgt. Dieſes folgt auch ſchon aus der ſtrengen, conſequent und muſterhaft durchgeführten, Eventual-Maxime des ſächſiſchen Proceſſes, worin dieſer den gemeinen Proceß, und alle neue Geſetzgebungen bei weitem übertrifft. Daher kennt auch der ſächſ. Proceß in der Appellations-Inſtanz gar kein privil. nondum deducta deducendi rel., ſind nicht noviter *emergentia* oder noviter *reperta* der Gegenſtand des neuen, vorher ganz ungebornen, oder dem nachbringenden Theil ſchuldlos ganz unbekannten, Vorbringens, in welchem Fall alsdann eigentlich die *restit. in integr.* gegen das Nichtvortragen an der legalen Stelle die Erlaubniß giebt, das der äußern Lage des Proceſſes nach Verſäumte noch nachzuholen. Wegen der Reſtitutionen c. r. j. im ſächſ. Proceß ſ. m. Goth. Pr. O. v. J. 1670. P. 1. Cap. 16. §. 9. Die Churf. v. J. 1622. ſchweigt. Eiſen. P. O. v. J. 1702. Tit. 21. §. 21. f. Schwarzb. Rudolſt. P. O. v. J. 1704. P. 3. Tit. 3. §. 1. f. Erläut. Churf. P. O. v. J. 1724. zu Tit. 37. Neue Altenb. P. O. v. J. 1744. P. 1. Cap. 34. §. 1. f. Neue Goth. P. O. v. J. 1776. P. 1. Cap. 34. §. 1. f. Der Cod. juris Bavarici jud. v. J. 1753. enthält der Reſtitut. wegen Cap. 16. manche ſinguläre Verordnung, und verbannt ebenfalls den Grund, „daß Implorant dasjenige, was er durch das rem. rest. in integr. ausführen wolle, im Laufe des vorangegangenen Rechtsſtreits vorzubringen nicht

für dienlich erachtet habe," während die Chur-Badenische Obergerichts-Ordnung v. J. 1804., gleichfalls nach schärfern Bestimmungen strebend, dennoch, art. 154, jenes Hauptmittel, der Nachläßigkeit und Chikane einen breiten Weg zu zeigen und Verlängerung der Processe durch das Gesetz selbst zu befördern, den Parteien nicht entziehen wollte. In den Gesetzgebungen neuester Zeit, und in den Vorschlägen hierzu, läßt sich — so darf man keck behaupten — weder Tiefe und scharfe Sonderung der einzelnen verschiedenen Fälle, noch Consequenz, in Hinsicht auf die rest. in integr. contra rem jud. erfinden, und gewiß ist für die Anwendung noch zur Zeit bei weitem das Beste, was jenes Punktes wegen die preuß. Gerichtsordnung Tit. 16. §. 12. ff. vorzeichnet. Eine characteristische Bezeichnung (wohl teutschen Ursprungs) jener Restitution findet sich in dem „Berner Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtl. Verf. in Civil-Rechtssachen," wo der Abschn. 2. des Titels 7. überschrieben ist: „Von dem neuen Rechte" u. s. w., und wo, Satz 321. f., das Nachsuchen um neues Recht die restit. *contra rem judicatam* bezeichnet. Die deßhalbigen Vorschriften selbst dürften sich aber auch nicht eignen, jenem nothwendigen Rechtsmittel eine solche Klarheit, Consequenz und Kürze, zu sichern, welche desselben höchst schädlichen, bona oder mala fide verschuldeten, Mißbrauch verhindern.

Den Kostenpunkt in dem Gebiete der Restitutionen habe ich in meinem Handb. zu Martins Lehrb. des bürgerl. Processes Abh. VI. §. dd. pag. 395. ff. besonders beleuchtet.

Druckfehler.

S. 28. Zeile 2. statt: daß „nämlich, l. m. „daß nämlich
In der Abhandlung IX. stehet mehrmals h. l. statt h. t. (hujus tituli.)
S. 89. Not. 17. Z. 8. l. m. werde, statt wende.
S. 112. ist Note * das letzte Wort (zu-) zu streichen.
S. 114. Z. 7. statt Nro. 3. S. 118. l. m. Nro. 1. S. 113.